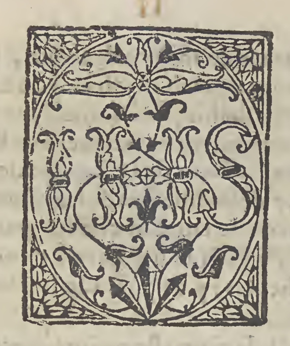


POR
D. PEDRO DE VEROBIA Y LUNA,
VEZINO, Y REGIDOR DESTA CIUDAD DE CADIZ:
EN EL PLEYTO,
CON DOÑA GERONIMA DE VEROBIA Y ALVA,
MUGER LEGITIMA DEL CAPITAN
D. Christoual Brauo de Laguna, Regidor, y Aguazil mayor de dicha Ciudad.



1. ES constante de los aŭtos deste pleyto, que en 2. de Mayo del año passado de 655. Gaudioso de Verobia, vezino y Regidor desta Ciudad, otorgó su testamento, debaxo de cuya disposicion murió; y por la clausula 18. fundó (juntamente con Doña Beatriz de Alva y Ortega, su mvger legitima, y padres de ambas partes) vn Vinculo, y Mayorazgo de treynta

mil

mil ducados, por via de mejora de tercio, y remaniente de quinto, de los bienes de ambos; reservando la Doña Beatriz la mitad del vsufructo dellos por los dias de su vida, poniendo diferentes grauamenes, y condiciones en esta mejora vinculada, que hizieron en fauor de D. Jacinto de Verobia su hijo mayor, sus hijos, y descendientes de legitimo matrimonio; y por falta dellos, ó de no cumplir con sus grauamenes, passasse a Don Pedro de Verobia su hermano, que oy litiga, y a sus hijos, y descendientes; y despues ván haziendo otros llamamientos.

2, Grauaronle a D. Jacinto esta mejora, vinculandosela, y con obligacion que a ella vniesse, è incorporasse sus legitimas, agregandolas luego que tuuiesse edad legitima, y todo le tuuiesse, y posseyesse como vinculado, con las condiciones de la mejora.

3. D. Jacinto todo el tiempo que fue menor, y fue Doña Beatriz de Alva, su madre, su tutora, y curadora, por su medio entró a posseer, percebir, y cobrar, no solo los bienes señalados de la mejora, sino tambien los que le tocauan de su legitima paterna, hasta que casandose por el mes de Enero de 665. Don Jacinto, con Doña Marcelina Ximenez de Ayllon, en conformidad de la ley Real entró continuando la possession de vnos, y otros bienes, que su madre avia aprehendido, administrandolos, y cobrando sus rentas hasta que murió.

4. Y estando enfermo, afligido con los accidentes tan acelerados que en su enfermedad le sobrevinieron, instandole los dos Medicos que le curauan, dispusiesse sus cosas, y testamento; respondió, que no tenia ningunas de bienes, porque todos eran vinculados, y los de su legitima, y que como tales los avia tenido, y posseído, y que de todo estaua su madre muy enterada; y en quanto a esto, y para las demás cosas, le otorgaria poder para testar: y con efecto se lo otorgó en 30. de Diziembre de 665. instituyendole por su vnica, y vniuersal heredera, confessando en él, que antes, y entonces avia comunicado con ella todas sus disposiciones, y cosas del descargo de su conciencia, y estar muy bastantemente enterada de lo que avia de ordenar, y disponer en su testamento: y con estas, y otras clausulas muy amplias, le dexó dicho poder; y para que antes, ó despues de su fallecimiento, dentro, ó fuera del termino

no que dispone el Derecho, y leyes de Toro, hiziesse, ordenasse, y otorgasse su testamento.

5. Requerida Doña Beatriz con Real provision de los señores de la Chancilleria de Granada, que ganó, y obtuuo D. Pedro, quexandose de dicha Doña Beatriz su madre, de que sus ruegos, y suplicas de hijo no avian sido bastantes a conseguir de ella otorgasse el dicho testamento, y a que declarasse lo que Don Jacinto le avia comunicado, le otorgó, que es el presentado.

6. Por su clausula 6. declaró, que la voluntad de Don Jacinto fue, y avia sido de aceptar la mejora de los treynta mil ducados vinculada, y agregarle, vnirle, é incorporarle los bienes que le tocassen de sus legitimas; y que los de la paterna que le avian tocado, juntamente cõ los de dicha mejora, en su nombre, y con su voluntad, los posseyó, administró, y cobró siendo su tutora, y curadora; y despues de casado D. Jacinto, continuò esta possession, y administracion por si mismo, cobrando la renta de todos; y que su animo, y voluntad avia sido, y era, cumplir con la de su padre, y con el grauamen con que le dexó dicha mejora; y que en caso necessario, era aquella de nueuo su voluntad, y agregar sus legitimas, y la paterna.

7. En 13. de Março de 667. Doña Beatriz repudió la herencia de su hijo D. Jacinto, porque no avia bienes libres que pudiesse heredar, y que los que tenia, y los de su legitima paterna, eran vinculados, y en ellos sucedia D. Pedro, como expressamente llamado al Vinculo dellos, y de la mejora.

8. Esto supuesto, Doña Geronima por su escrito en 18. de Setiembre del año passado de 670. sale presentando testimonio desta repudiacion, que desta herencia hizo su madre, y que le toca suceder en ella abintestato, como hermana de D. Jacinto, en la mitad, y que como bienes que son desta herencia los de la legitima paterna que le adjudicaron a D. Jacinto, se le dé la possession proindiuiso dellos, por el remedio comun de la *l. fin. C. de edict. D. Adrian. toll.* y ley Real de Soria, *quæ est l. 3. tit. 13. lib. 4. Recop.*

9. Don Pedro, su hermano, lo contradize, y opone, que su hermana Doña Geronima no es heredera para intentar, lo vno, el dicho remedio; y lo otro, que caso lo fuesse, no tenia lugar, ni podia comprehender la possession de los dichos

bienes

bienes de la legitima de D. Jacinto, por ser vinculados, y en ellos sucessor, y tener como tales su possession, en que debe ser defendido, amparado, y manutenido, y solo se podria entender en los que constasse aver adquirido libres; y lo primero, se fundará en el primero articulo; y lo segundo, en el segundo.

ARTICULO PRIMERO.

10. FUnda Don Pedro la exclusion de ser heredera Doña Geronima de la herencia de D. Jacinto, y que por defecto de no averla aceptado en tiẽpo, no se le pudo diferir, y transmitir por la regla comun de la *l. 1. §. in nouissimo, C. de caduc. toll.* ibi: *Hæreditate nisi fuerit addita transmitti, nec veteres volebant, nec nos patimur; exceptis videlicet liberorum personis*, que trae latamẽte D. Joseph Vela, *discert. 11. per tot.* refiriendo muchos DD. y otros que remissiuè trae Ayllon, super Ant. Gom. *var. tom. 1. cap. 8. de transmitione hæreditatis*; y esta regla, y ley exceptua, y no habla con los hijos, que son herederos forçosos, y que *etiã in vita patris domini existimantur, ex l. suis, ff. de liber. posthum.*

11. El tiempo que tienen los que no son hijos, ni tienen derecho de suidad, para deliberar, y aceptar, ò no, la herencia, es de vn año por derecho del Codigo, contado desde el dia de la noticia de la herencia, por la *l. cum in antiquioribus, C. de iur. deliber.* ibi: *Si quidem ijs, qui sciens hæreditatem, vel abintestato, vel ex testamento, sibi esse delatam, deliberatione minime petita intra annalẽ tempus desceserit, &c.* Y por la *l. 2. tit. 6. par. 6.* se abreuiò al de nueue meses: y que Doña Geronima no es dudable tuuo noticia desta herencia, y de la repudiacion della, que hizo Doña Beatriz, con quien tenia trato familiar, y comunicacion estrecha, como de madre, é hija.

12. Y siendo esta repudiacion hecha en 13. de Março de 667. hasta 9. de Março de 669. Doña Geronima, que avian ya passado dos años, no pidiò este tiempo de deliberar, y entonces aviendole pedido judicialmente que aceptasse, ò repudiasse dicha herencia, respondiò tener para ello vn año de termino; y sin embargo dexò passar vno y medio, hasta que en 18. de Setiembre introduxo este juizio; con que parece no estar en tiempo habil de hazerlo, y quando lo estuuiesse, no se juzga legiti-

legitimamente este intentado, porque siendo este remedio de accion vniuersal, por ella se debian en comun pedir los bienes todos que pareciesse ser de la herencia, y no pedir los particulares de la legitima paterna de D. Jacinto, que es accion particular, y perjudicial a la primera vniuersal, y contraria. Carleu. *de iudic. lib. 1. tit. 2. disp. 6. num. 7. in medio*, ibi: *Tribus autem modis docet præiudicialitatem causarum posse contingere, primo quando vna est vniuersalis, vt petitionis hæreditatis; altera particularis, vt petitio certæ rei hæreditatis.*

13. Debe tambien probar plenamente, que los bienes de que pretende la possession, fueron libres del difunto, y que los poss[...] como tales al tiempo de su muerte, *ex dict. l. fin. C. de edict. D. Adrian.* ibi: *Mittat quidem in possessionem earum rerum, quæ testatoris mortis tempore fuerunt, non autem legitimo modo ab alio detinentur, l. 2. tit. 14. par. 6. & vniformiter omnes DD.* Gutier. *lib. 1. pract. quæst. 79. num. 1.* D. Castill. *lib. 3. controu. cap. 24. num. 132.* Y no ha probado esta calidad D. Geronima, ni otra ninguna.

ARTICULO SEGUNDO.

14. DAdole a Doña Geronima, que sea heredera, y que le competa el remedio sumario que tiene intentado, no puede estenderse, ni comprehender la possession de los bienes de la legitima paterna de D. Jacinto; y para esto se supone, que para la validacion de los actos humanos de parte del agente, se requiere lo primero, que tenga potestad, ó facultad para hazerlo: y que D. Jacinto la tuuo, y edad para vincular, y agregar sus legitimas á la mejora, y cumplir con este grauamen con que se le mejoró, se confiessa por la dicha Doña Geronima en su escrito primero, fol. 64. y por el del fol. 74. que pudo hazerlo desde los catorze años, hasta los veynte y tres, de que murió; y assi nos escusa el probarlo.

15. El otro requisito es, que tenga voluntad de hazer el acto: esta es la que niega Doña Geronima, tuuo Don Jacinto en su vida, ni al tiempo de su muerte, de hazer dicha agregacion. Don Pedro al contrario afirma la tuuo, no solo tacita, y pressumpta, que bastaua; sino que tambien la tuuo expressa, y la manifestó con palabras especificas, y dispositiuas: y para esto se supone, que por la ley 27. de Toro es cierto, que el padre

puede

puede poner en la mejora que le haze al hijo, los grauamenes que quisiere.

16. Suponese tambien, que aunque no puede grauar su legitima sin expresso consentimiento del hijo, D. Molin. *de Hisp. primog. lib. 2. cap. 3. num. 7.* Angul. *in l. 11. Gloss. 10. num. 11.* Albar. Valasc. *de partion. cap. 16. num. 34.* Gutier. *de juram. confirm. 1. par. cap. 19. ex num. 3.* D. Juan del Castill. *tom. 6. cap. 107.* Esto se entiende quando mera, y solamente el padre le dexa al hijo su legitima; porque si le dexa algo mas, en recompensa del grauamen se lo puede poner.

17. Por la *l. 11. tit. 4. par. 6.* que dize, ibi: *Pero si el padre quisiere establecer a su hijo por su heredero, en mas de su parte legitima, en aquello que le dexa de mas, bien puede el padre poner aquella condicion, que es en poder del hijo poderla cumplir.*

18. Y porque quando se le dexa recompensa por el grauamen, no se puede el hijo quexar, ni entonces se dize grauarle su legitima. Mastrill. *dec. 181. nu. 29.* ibi: *Quod filius non potest conqueri, quod pater ei legitimam grauauerit, si plus ei reliquit, quia non dicitur grauatus in legitima, quando habuit compensationem.* Considerese la recompensa tan grande que por el grauamen referido tuuo Don Jacinto, lleuandose, y gozando treynta mil ducados ademas de su legitima, sin quitarsela; porque *in corpore eius patrimonij ei relinquebatur, ex l. pater, ff. de aliment. legat. & argum. l. 3. § qui fidei comissa, ff. de hared. instit.* ibi: *De necessario voluntarius hæres efficitur, non vt desinat esse hæres, sed vt ius incommutetur successionis*; por los quales textos enseña Lara *de Anniuers. & Capell. lib. 1. cap. 5. num. 73. Quod legitima non priuatur filius, cui relinquitur vinculata in maioratu.*

19. Y en este caso de dexarle al hijo recompensa por el grauamen que se le pone en su legitima, basta le consienta tacitamente Fusar. *de fideicom. substit. quæst. 296. num. 70. vers. 8.* Petr. Surd. *de alim. tit. 2. quæst. 15. num. 180.* & in Addition. ad Molin. *lib. 2. cap. 3. num. 7. circa fin.* ibi: *Secunda conclusio est, quod vbicumque vltra legitimam aliquid à patre relinquitur in recompensationem grauaminis actus tacitos aprobationis, & consensus sufficere.*

20. *Bald. Addicionator ad Suar. in l. quoniam in prioribus ampliat. 10. num. 48.* ibi: *Per prædicta igitur concludit author, quod text. l. si quando, § illud, C. de in offic. Procedit quando filio relinquitur minor portio, quam sit legitima, tunc enim non valet pactum de non sucedendo,*

do, nec simplex renuntiatio, nisi expressa sit, & specialis; sed si relicta quantitate legitima integra, & amplius grauamen est in qualitate quod non alienatio fiat, & vt succedat maior, tunc aceptando legitimam, solum censetur onus probare, & valet tacitus consensus.

21. Y en proprios terminos de mejora de tercio, y quinto, que basta el consentimiento, y aprobacion tacita, y pressumpta de el grauamen, lo resuelve el mismo Addicion. de Suar. vbi sup. *dict. num.* 48. *in medio*, refiriendo a muchos, dize, ibi: *Et est exemplum, apud dictos authores in materia quotidiana iuxta l.*27. *Tauri, ex quasi pater filium in tertio, & quinto meliorat, ea conditione, vt legitima eius vinculo maneat obligata, quod si non consentiat, ille ex filijs qui consenserit meliorationem habeat, tunc acceptando meliorationem, acceptat tacite onus legitimæ vinculatæ, licet non exprimat.* Couarrub. *cap. Rainald.* §. 2. *num.* 3. *de testam.* Mieres, 1. *par. quæst.* 55. *num.* 3. *de maiorat.* Peralt. *l. cum patronus, num.* 9. *ff. de leg.* 2. Socin. Iunior. *cons.* 122. *volum.* 1. Gualdensis *de arte testandi, tit,* 5. *cautel.* 31. *num.* 6. *Nam qui elegit vnum ex incompatibilibus alteri renuntiat, ita vt ad alterum reddire nequeat.*

22. Y tiene tanta fuerça esta aceptacion de la mejora grauada, que aunque despues la quiera reuocar, ó no admitir el grauamen, no puede, porque se haze irreuocable, como lo es, la misma aceptacion principal. D. Joan. Valenç. Velazq. *cons.* 63. *num.* 2. Flamin. Parisio *de resignat. benefic. lib.* 1. *quæst.* 12. *num.* 9. Tiraqu. *de primog. quæst.* 18.

23. Y de este mismo sentir son el señor D. Juan del Castillo, *controu. lib.* 5. *cap.* 107. *par.* 2. *n.* 57. & 68. *in fin.* donde cõ Menoch. Fontanell. y Jacob Canc. concluye, y resuelve no ser necessario expresso, y especifico consentimiento del hijo, sino que basta el tacito, y pressumpto; y que lo es aceptar, y aprobar la disposicion del padre. Y Pedr. Surd. *cons.* 215. *num.* 11, & 32. & *cons.* 412. *num.* 29. & 30. Y en el tratado de *aliment. tit.* 2. *quæst.* 15 *à num.* 180. citando a muchos DD. y Peralta, *in l. cum patronus ff. de legat.* 2. *num.* 8. ibi: *Vel filio, siue expressim; siue silenter comprobante appositionem talis grauaminis.* Y lo mismo dize num. 13. ibi: *Non debet intelligi, nisi filius post mortem patris, sciens grauamen esse appositum legitimæ illud approbasset, vel ratificasset expresse verbis, vel etiam tacite per aliquem actum facti.*

24. Que Don Jacinto tuuo noticia deste grauamen con que se le dexó la mejora, no se duda por ninguna de las partes; y quan-

quando se dudasse, està claro con el hecho de averse entrado en los bienes de la mejora, gozadolos, y posseídolos, que no podia hazer, sino es obedeciendo en todo a lo dispuesto, y ordenado por su padre, vt cum multis resolvit Marc. Socin. *cons.* 122. *vol.* 1. donde pone el caso de *Filio cui certa bona relinquuntur, cum onere fideicommissi, cum hac clausula; quod si non contentetur, habeat suam legitimam tantum.*

25. Y en el mismo caso lo resuelve Franc. Curt. Iun. *cons.* 159. *num.* 5. ibi: *Sed dato sine veri praeiuditio, quod in proposito nostro requiratur expressa, vel specialis renuntiatio, dico; quod ex eo, quod in facto praesuponitur, quod iste Ioannes Bapt. habens notitiam testamenti in quo alternatiue erat sibi facta legata cum onere fideicommissi, vel sibi sine aliquo onere erat legitima relicta, acceptando legata ampliora legitima, quae erant subiecta fideicommissa, dicitur legitimae expresse renuntiasse, attento quod ista sunt contraria, saltim in prosecutione.*

26. Túm, porque la voluntad, y animo mas bien se declara con obras, q̃ con palabras, y son aquellas mas eficaces, que aquestas, por la regla de que *voluntas magis factis, quam verbis declaratur, cap. dilecti filij de appell, l. si tamen, §. ei, ff. de edilit.* Magon. *dec. florent.* 3. *num.* 17. Tusch. *lit. F. concl.* 301. Surd. *cons.* 445. *num.* 15. Gratian. *discept. forens. cap.* 368. *num.* 11. & *cap.* 547. *num.* 12. ibi: *Et plus est facto demonstrare quam verbis.*

27. Túm, porque *acceptans actum, cum omnibus suis qualitatibus acceptare videtur, l. cum ab vno, ff. de leg.* 2. Cagnol. *in l. qui cum alio, num.* 9. *ff. de reg. iur.* Dec. *cons.* 299. *num.* 13. & Surd. en terminos del caso en el *cons.* 60. *num.* 27. & *cons.* 150. *num.* 20. ibi: *Dispositio namque regulariter, cum omnibus oneribus, & grauaminibus dispositionis, quae acceptatur, facta intelligitur, non enim vnam partem agnoscere, & aliam reprobare licet, l. neminem 4. cum leg. seq. ff. de leg.* 2. Menoch. *cons.* 199. *num.* 20. *lib.* 2. Tiraqu. *de retract. conuent. in fin. num.* 8. *cum seqq.* *Docet quod acceptare quis debet in totum, aut in nullo.*

28. Túm, porque el mismo acto extrinseco de entrarse a posseer, y gozar la mejora, manifiesta la voluntad, y consentimiẽto de D. Jacinto: *Actus extrinsecus intrinsecum animum probat,* por la *l. ei qui. ff. de tutor. & curator.* y *qualis est actus, talis praesumitur animus, l. si non conuitij, C. de iniurijs;* y todos convienen, que este consentimiento tacito, y pressumpto del grauamen basta se deduzga de presunciones, y conjecturas; y siendo tan juridicas,

dicas, y legales las que concurren en este caso, y se han referido, no es dudable dexan manifiesta su voluntad. Mantic. *de coniect. ultim. volunt. lib. 3. tit. 3. num. 2. & tit. 5. num. 2. & lib, 6. tit. 1. num. 12.* Menoch. *de præsumpt. lib. 1. num. 5.* vbi: *Quod talis voluntas dicitur manifesta.* Y en fuerça dellas queda legitimamẽte probada, porque este es el efecto q̃ tienen, que is contra quem est præsumptio condemnetur, nisi per eum probetur contrarium, per aliquam legitimam speciem probationis, præsumptio enim, quam lex facit, est liquida probatio; como con dichas palabras lo resuelve Nicol. Everard. *in sui Topic. loc. legalib. loco à verisimili.*

29. Túm, porque se prueba esto mas con el argumento legal, y metafisico, que qui vult consequens, vult & antecedens de la *l. ad rem mobilem, ff. de procurat.* Ant. Gom. *variar. tom. 1. cap. 3. num. 23.* Tusch. *lit. C. concl. 757.* Y el antecedente era obedecer la voluntad de su padre, y cumplir el grauamen, y el consiguiente gozar la mejora: *Quia ad positionem consequentis, sequitur positio antecedentis, l. quædam, ff. de re iudic.* dict. Ant. Gom. *in l. 22. Taur. num. 29.* Tell. Fernand. *in dict. l. num. 19. & 20.*

30. Y aunque se ajusta aqui la regla, de que *Taciti, & expressi idem sit iudicium, l. cum quid, ff. si certum petatur ubi DD.* Tusch. *tom. 8. lit. T. concl. 8.* Menoch. *controu. illustr. cap. 33. num. 26.* Y que por ella en este caso que se permite lo tacito del consentimiẽto, se debe hazer el mismo juizio, que si cõ expresso D. Jacinto aprobasse el grauamen; pero probarèmos, que este tambien lo tuuo, y con él hizo la agregacion de sus legitimas, vinculãdolas con los bienes de la mejora, por los fundamentos siguientes.

31. El primero, porque asi consta de la clausula 6. de su testamento, que en virtud de su poder, y por lo que le avia comunicado, otorgó Doña Beatriz, en que declaró, que su hijo Don Jacinto aceptó la mejora con su grauamen de agregar sus legitimas, y bienes que por ellas se le adjudicassen, y de todos ellos se entregó como vinculado, y agregado, y los tuuo, y posseyó los dias de su vida; y que este avia sido su animo, y voluntad; y que a mayor abundamiento le manifestó, y comunicó, lo declarasse en su testamento, è hiziesse la dicha agregacion de sus legitimas al dicho Vinculo. Y tres años antes deste testamento, con juramento asi lo declaró la dicha Doña Beatriz.

 Opone

32. Oponé Doña Geronima, que Doña Beatriz su madre ha mostrado mucho sentimiento, y enemistad, retirandose de su amistad, y comunicacion tan estrecha que con ella tenia, desde que le puso este pleyto a D. Pedro su hermano; y que lleuada deste sentimiento, y enemistad, hizo la declaracion del testamento de D. Jacinto, perjudicandole en su derecho, y herencia que tenia ya diferida.

33. Respondese a esta objeccion, negando lo primero el supuesto de enemistad, por incierto, y no probado; y aũque assi sea verdad, que los tres testigos de que se compone su probãça, deponen de averse mostrado D. Beatriz sentida del pleyto, no deponen, ni vsan del termino de enemistad: antes el segundo testigo, que es el Doct. D. Ignacio Parejo, depone, que es verdad que se ha sentido, y ofendido mucho Doña Beatriz, y Don Pedro deste pleyto (pero que mouidos de justos sentimientos) y que no por esso, aunque se han retirado de la comunicacion, y correspondencia que entre ellos avia; pero que aunque no se dexan en el todo de comunicar, no es con la estrecheza que antes; y assi prueba contra la susodicha plene, como testigo suyo. Horac. Persius, *cons*. 21. *num*. 3. Farinac. *de testib. quæst*. 62. *num*. 237.

34. Y dado por cierto este sentimiento, era natural, y materno, de ver que dos hermanos entrauan en la campaña de vn pleyto a reñir, y que es proprio efecto suyo nacer dél las enemistades. Neuisan. *in Sylb. Nupt. limit*. 10. ibi: *In controuertijs causarũ dicebat, corporales inimicitiæ oriuntur.* Y aun mayores si es entre deudos; y aunque en este ambos hermanos se han portado cuerda, y Christianamente, pues no por él se han dexado de hablar, como lo dize el testigo de arriba; no se han librado de los otros efectos que causan los pleytos, de pesadumbres, y gastos; y por escusarlos, pedido a Doña Geronima, su madre, no se entrasse en este, declarandole la verdad, y que no tenia derecho, como lo pidió el Profeta Abraham a su sobrino: *Ne quæso sit iurgium inter me, & te, inter pastores meos, & pastores tuos. Genes. cap*. 13. Y este sentimiento es amor, y no odio, ni enemistad.

35. Respondese á la segunda parte de la objeccion, de q̃ Doña Beatriz despues de puesto este pleyto a Don Pedro, mouida del sentimiento, y enemistad que con él avia cobrado, hizo la

decla-

declaracion,y testamento,perjudicandole a su derecho, porq́ es incierto, y consta lo contrario de los mismos autos; pues como parece del fol.70. quãdo repudiò la herencia de su hijo D. Jacinto, que fue en 13. de Março de 667. mas de tres años y medio antes que se pusiesse el pleyto, que fue en 18. de Setiembre de 670. como parece del fol. 42. ya avia declarado debaxo de juramento, que el no aceptarla era por no tener bienes de que ser heredera, porque los que le avian tocado a su hijo de su legitima paterna, eran vinculados, y vnidos, é incorporados a los treynta mil ducados de la mejora, y que como tales los avia tenido, y posseido; y entonces D. Geronima no se quexó, ni la amistad se quebró, ni quiso por ello aceptar la herencia de su hermano. Tambien se prueba de la Real Prouision de la Chancilleria de Granada, que fue mucho antes ganada, y presentada, que se mouiesse este pleyto, en que se le mandaua a Doña Beatriz hiziesse el testamento, y declaraciones de lo que D. Jacinto le dexó comunicado: y no era de creer de las muchas partes de virtud de D. Beatriz, siendo todos hijos, y amandolos, y comunicandolos a todos igualmente, perjudicasse a vno por mejorar a otro, sino fuesse la verdad, quæ est vasis, & fundamentum iustitiæ. Ricc. *in prax. rer. forens. Eccl. resol.* 234. *num.* 6. *in* 2. *edit.* faltásse a ella por el amor de vno: *Quia amicus Plato, sed magis amica veritas.* Tusch. *lit. V. concl.* 163, *ad concl.* 170. y es la que siempre, *est amanda, & sequenda, l. si ita legatum, ff. de condit. & demonstr.* siguiendo lo que Dios manda: *Qui enim veritatem sequitur, Deum sequitur,* Paris. Flamin. *de confid. quæst.* 65. *num.* 13.

36. Opone lo segundo, que no tuuò poder para hazer dicha declaracion; y para que se juzgue, si es, ó no, bastante, se pone à la letra, que es el siguiente. *En el nombre de Dios, y con su gracia, sea notorio a todos, como yo D. Iacinto de Verobia y Luna, vezino, y Regidor perpetuo desta Ciudad de Cadiz, estando enfermo en cama, y en mi entero juizio, memoria, y entendimiento natural, qual Dios nuestro Señor fue seruido de darme, digo: Que por quanto antes de aora estando para hazer, y otorgar mi testamento, comuniquè todas mis disposiciones, y cosas del descargo de mi conciencia a Doña Beatriz de Alvia y Ortega, mi madre, y señora, vezina desta Ciudad, viuda del Capitan Gaudioso de Verobia, mi padre, difunto, Regidor que fue della; y la dicha mi madre està enterada muy bastantemente de lo que yo avia*

de

de ordenar, y disponer en el dicho mi testamẽto, si lo otorgasse por estenso; por lo qual, respecto de no poderlo hazer como quisiera, por la grauedad de mi enfermedad, y por la mucha satisfacion, y confianza que tengo, de que la dicha señora Doña Beatriz de Alua y Ortega, mi madre, dispondrà, harà, y ordenarà el dicho mi testamento en la forma, segun, y como se lo he comunicado, y dello està enterada; por tanto en la mejor forma que puedo, y ha lugar en derecho, confessando como confiesso, auer viuido, y que protesto viuir, y morir en la confession Fè, y creencia de el diuino Misterio de la Santissima Trinidad, y en los demàs Misterios de nuestra Santa Fè, como Catolico, y fiel Christiano, debaxo del auxilio de la siempre Virgen Maria Santissima, Madre de Dios, y Señora nuestra, concebida sin mancha de pecado Original en el primer instante de su animado Ser, y de los demàs Santos mis deuotos: Otorgo, que doy mi poder cumplido, el que de derecho se requiere, y es necessario, à la dicha señora Doña Beatriz de Alua y Ortega, mi mader, especial, para que por mi, y en mi nombre, antes, ò despues de mi fallecimiento, dentro, ò fuera del termino que dispone el Derecho, y leyes de Toro recopiladas, haga, ordene, y otorgue mi testamento, vltima, y final voluntad, segun, y en la forma que se lo tengo conferido, y comunicado antes de aora; mandando, que mi cuerpo sea sepultado en la Iglesia del Conuento de Santo Domingo desta Ciudad, con habito de su Orden, en la misma sepultura en que fue sepultado en dicha Iglesia el dicho Capitan Gaudioso de Verobia, mi padre; y q̃ me se haga el Oficio, con el acompañamiento, y demàs exequias funerales, que la dicha mi madre dispusiere, y ordenare; y que se digan por mi anima, obligacion, è intencion, las Missas que à la susodicha pareciere, assi cantadas, como rezadas, y de todo se pague la limosna de mis bienes; y haga la dicha señora Doña Beatriz de Alua, mi madre, las declaraciones, mandas, legados pios, y graciosos, perpetuos, ò temporales que por bien tuuiere, todo segun, y en la forma que se lo tengo comunicado. Y para el cumplimiento del testamento, que en virtud deste poder hiziere la susodicha, se nombre a si misma, que yo desde luego la nombro, y a Don Pedro de Verobia, mi hermano, vezino, y Regidor perpetuo desta Ciudad, y a cada vno insolidum, por mis Albazeas, a quienes doy poder, mano, y facultad para que entren en mis bienes, y los vendan, y rematen en publica almoneda, ò fuera della, y de su valor, cumplan, paguen, y executen el testamento, que en virtud deste poder hiziere la dicha mi madre, en el tiempo que les pareciere, que para ello les prorrogo el demàs de que necessiten: y respecto de no tener hijos, ni descendieces algunos la dicha señora

Doña

Doña Beatriz de Alua y Ortega, mi madre, se nombre, que yo desde luego la nombro por mi legitima, vnica, y vniuersal heredera, para que el remaniente que quedare de todos mis bienes raizes, muebles, semouientes, deudas, derechos, y acciones que parecieren ser mios, y que en qualquiera manera me pertenezcan, despues de cumplido, y pagado el dicho mi testamento, lo aya, y herede la dicha mi madre, y señora enteramente, sin reseruacion alguna.

37. La declaracion que hizo Doña Beatriz, en virtud de este poder, en la clausula 6. del testamento, es esta. ¶ *Item, declaro que el dicho Don Iacinto, mi hijo, en el testamento, y vltima voluntad del dicho Capitan Gaudioso de Verobia su padre, assi por el susodicho, como por mi, fue mejorado, por via de mejora de tercio, y remaniente de quinto, en cãtidad de treynta mil ducados grauados por via de Vinculo y Mayorazgo, y con diferentes calidades, condiciones, y llamamientos, y con condicion expressa, que auiendo de entrar a gozar del dicho Vinculo, huuiesse de agregar a èl sus legitimas, y los bienes que por ella se le adjudicassen; y en esta conformidad aceptó la dicha mejora, y vinculo, y como està dicho en otra clausula, y al tiempo de su matrimonio, se entregò de todo ello, como vinculado, y agregado, y lo tuuo, y posseyò por sus dias; y los bienes que por esta razon se le adjudicaron como vinculados, inalienables, y sugetos a restitucion, y al tiempo que otorgó el dicho poder, y antes en otras ocasiones, me lo manifestó, y declarò, y me ordenò lo declarasse assi en el testamento que huuiesse de hazer por su poder; y que esto auia sido su animo, voluntad, è intencion, de tener la dicha legitima agregada al dicho Vinculo, segun la voluntad del dicho su padre; y desde luego en virtud del dicho poder, y de la voluntad del dicho mi hijo, declaro auer el susodicho agregado las dichas legitimas al dicho Vinculo, y Mayorazgo, y auer aceptado la dicha mejora con esta calidad, animo, è intencion, recibido, posseìdo, y tenido los bienes de la dicha mejora, y legitimas como vinculados, inalienables, imprescriptibles, y sugetos a restitucion, conforme los llamamientos hechos por el dicho su padre, y por mi, en el dicho testamento, para que en todos ellos sucediessen aquel, ò aquellos que estàn llamados a su sucession: y tambien me comunicò, y ordenò, que a mayor abundamiento, y en caso necessario, en virtud del dicho poder, boluiesse a agregar, vnir, è incorporar la dicha legitima paterna, y la que por mi fin, y muerte le tocasse al dicho Vinculo, y Mayorazgo; y cumpliendo con su voluntad, desde luego hago la dicha agregacion, vnion, è incorporacion de las dichas legitimas al dicho Vinculo, y Mayorazgo, y en esta razon hago las declaraciones, y dis-*

y disposiciones que sean necessarias, y mas conuengan, para que todo lo referido tenga efecto, y todo ello mando se guarde, cumpla, y execute por virtud de la voluntad del dicho mi hijo, que me dexo comunicada, orden, y poder que para ello me otorgo.

38. Las clausulas deste poder, y sus palabras tan amplias, generales, y comprehensiuas por derecho, no se deben entender superfluas, ni acaso puestas, sino *taliter quod debeant aliquid operari, l. 3. ff. de iur. iur. l. si quando* 109. *ff. de leg.* 1. Gratian. *decis.* 106. *num.* 19. Y que nullum debet esset verbum, sine virtute aliquid operandi. Surd. *cons.* 524. *num.* 12. *etiam minimum.* Bertasol. *de claus. instrum. claus.* 21. *Gloss.* 14. *num.* 10. *& in repetit. l. si quis maior. C. de transact. num.* 246. y que ninguna quede sin efecto: *Et ita debent intelligi verba, ne maneant sine effectu, l. si stipulatus fuero, ff. de verb. oblig.* Menoch. *cons.* 122 *num.* 48. *& cons.* 373. *num.* 8. Y si fuere necessario impropriarlas para que lo tenga, se debe hazer mejor que tenerlas por superfluas; y esto sea la materia q̃ fuere, aũque sea stricta, & odiosa, *l. si tam angusti.* 13, vbi Angel. *ff. de seruitut.* Surd. *de aliment. tit.* 2. *quaest.* 1. *num.* 39. *& decis.* 195. *num.* 2. Rot. Rom. apud Farinac. *decis.* 352. *num.* 2. *tom.* 1. *par.* 1. Y concluyendo con Fontanel. *dec.* 294. *num.* 21. ibi: *Et quid in his immoramur dicebatur? Non ne est certum, quod quando verba sunt multum praegnantia vniuersalia, & generalia, ex sui natura omnia comprehendunt, nihil excludunt quamtumvis particulari nota indigerent.*

39. Considerense aquellas palabras del poder: *Digo, que por quanto antes de aora, estando para hazer, y otorgar mi testamento, comuniquè todas mis disposiciones, y cosas del descargo de mi conciencia à Doña Beatriz de Alua y Ortega, mi madre, y señora, &c.* Y aquellas: *Y la dicha mi madre està enterada muy bastantemente de lo que yo auia de ordenar, y disponer en el dicho mi testamento, si lo otorgasse por estenso, &c.* Y luego las otras: *Y haga la dicha señora D. Beatriz de Alua, mi madre, las declaraciones, mandas, legados pios, y graciosos, perpetuos, ò temporales, que por bien tuuiere, todo segun, y en la forma que se lo tengo comunicado.* Si serà justo que sean superfluas, y queden sin efecto? Porquè no declara por ellas D. Jacinto, què es lo que le comunicò, ni la materia sobre què ha de disponer, y hazer las declaraciones su madre; y si todas las que hizo, siendo tantas, y en tan diuersas materias como parece de el testamento, y pertenecientes al interese, y derecho de muchos

chos, sin quexarse ninguno de averle perjudicado en él la susodicha, ni faltado á la verdad, serán nulas? Y si es verosimil, q quien no faltó a ella en las otras, faltasse solo en esta, y que para aquellas tuuiesse poder, y no para estas? *Verisimile enim habetur pro vero.* Tusch. *lit. V. concl.* 162. Ceph, *cons.* 27. *num.* 22. *lib.* 2.

40. Los fundamentos hasta aqui propuestos, y las pressumpciones juridicas, que estas *habentur pro veritate*, lo vno; y *æquiparantur scripturæ*, lo otro; *l. quicumque, C. de Apoch. public. lib.* 10. Becci. *cons.* 52, *n.* 93. Surd. *cons.* 540. *n.* 36. acreditã si es verosimil, y la verdad, como si estuuiesse escrita, y expressada lo q Doña Beatriz declaró por la referida claus. 6. del testamento; y por derecho es claro, que el Comissario testamentario debe no solo seguir lo expressado en el poder; sino tambien la verosimilmente del testador, *l. creditor* 60. §. *si inter maritum, ff. mandati.* Puteus *decis.* 21. *nu.* 3. *par.* 3. Rota Genuens. *dec.* 147. *num.* 2. Palac. Rub. *in l.* 31. *Taur. num.* 48. & 76. y lo que presume dispusiera si fuera viuo, *l. ab ex hæreditatis substituto, ff. de leg.* 1. *l. cũ seruus, ff. de condit. & demonstrat.*

41. Y aunque se suela controuertir, si se deba estar á la asserciõ y declaracion del Comissario testamentario: *Asserentis sibi mandatum fuisset certum, quid à testatore, vtrùm integra fides sit ei danda iuxta text. cum materia in cap. cum in iure* 31. *de offic. delegat.* Menoch. *de arbitr. lib.* 1. *quæst.* 76. *num.* 8. & *cons.* 100. *nu.* 77. Esto tiene limitacion, si es verosimil lo que depone, de que se deba estar a ella; y si no lo es, ó no se prueba al contrario, no se debe estar.

42. Y en terminos semejantes de nuestro caso, la hallo en el de la *l. Theopompus, ff. de dote præleg.* en que el testador cometió su disposicion à lo que avia tratado, y comunicado con el Comissario testamentario della, mandando la declarasse, y que se estuuiesse a su declaracion, sin especificar qué era lo que avia tratado, y comunicado, ibi: *Prouidebit tradi Pollianus sciens mentem meam*; y la *l. fin. C. de fideicom.* donde el testador dexó su disposicion en la fé de su heredero: *Et non scripsit, neque declarauit, secundum vnam lecturam tradit.* Bart. *in l. si ita scripsero* 38. *num* 1. *vers. Facit ad prædicta, ff. de cond. & demonst.*

43. Cessa esta controuersia tambien, quando consta del poder que se lo dió el testador para que declarasse su Comissario lo

que

que con èl avia comunicado, como en mas fuerte caso lo resuelve Palac. Rub. *pluribus iuribus adductis in l.* 31. *Taur. num.* 85. ibi: *Vnum tamen est, quod si commitens dixit, hoc modo, do tibi facultatem, vt facias pro me testamentum, sicut locutus sum tecum; tunc poterit meliorare arg. l. quem hæredi, ff. de reb. dub.* Y mas recio caso es el poder mejorar, y mayor perjuicio para los demás hijos, pues en la mejora casi entra, y se defrauda la mitad de la hazienda; y sin embargo de no expressarse en el poder que se lo dá para mejorar, se juzga bastante para ello, por constar del que avia comunicado con su Comissario lo que avia de disponer en su testamento, por el argumento *de maiori ad minus quod validum est, l. in suis, ff. de liber. & Posth.* Everard. *in Topic. legal. loco* 66. P. Sanch. *de matrim. lib.* 8. *disp.* 1. *num.* 21.

44. Esto mismo prueba el Text. *in l. nulli, C. de Episc. & Cleric.* ibi: *Pro sua concientia votum adimpleant testatoris*, & in puncto tradunt Joan. And. *ad speculat. in tit. de instrum. edit.* § *nunc aliqua* 13. *num.* 46. Felin. *in cap. cum in iure de offic. & potest. iud. deleg. num.* 4. ibi: *Est datus executor in testamento, executor dicit, quod testator commissit sibi aliquid in secreto vtrùm legatarij teneantur credere executoori.*

45. Pero dado caso que faltassen todas estas calidades en nuestro poder, y que en èl no constasse que Don Jacinto comunicasse cosa con Doña Beatriz su madre, si se prueba con testigos, que antes, ó despues de otorgarselo la avia comunicado, se debe creer lo que declarasse Doña Beatriz, que le comunicó; docet Azeued. *l.* 6. *tit.* 4. *lib.* 5. *Recop. num.* 23, ibi: *Debet tamen testator declarare in testamento, vel testibus probari, declarasse, quod secreto illud commissit suo testamentario, vel conscientiæ eius, aliter enim non crederetur testamentario, dicenti, sibi à testatore sic commissum*; porque entonces *est plus dictum, & minus scriptum, vt inquit text. in l. cum auus, ff. de condit. & demonstr.*

46. Y que se pueda probar con testigos, y que basten dos para probar lo que se omitió escriuir en el testamento, ó poder, y fue voluntad del testador, *iuxta regul. text. in l. vbi numerus, ff. de testib. & l.* 1. § *assignare, ff. de assign. liber. tradit Gloss. verb. posse in l. hæredes palam,* § *si quid post. ff. de testam.* Oldral. *cons.* 297. *num.* 7. & 8. El qual dize, que aunque sean mugeres; *quia quoad hoc non sunt prohibitæ testificare, l. qui testamento,* § *mulier. ff. de testib.* Mantica *de coniect. lib.* 12. *tit.* 16. *num.* 1. & 2. Socin. Sen. *in l.* 1. *num.* 38.

vers.

verſ.Tertio, ff.de vulg.& pupill.ſubſt.

47. Y baſta que el teſtador antes,ó deſpues del poder explicaſſe ſu voluntad, ó que ſe deduzga de lo que habló entonces. Bald.*in l.2.num.2.C.de bonor.poſſ.ſecund.* Tab.vbi Paul.& Alex. *vterque num.5.in fin.*Carol.Ruin.*conſ.1.nu.8.vol.2.& conſ.297.num.7.*Bart.*in l.2.num.4. verſ.Dixi, ff. de vulg. & pupill.* Alex. *conſ.100.num.11.lib.4.* Paul.Pariſ,*conſ.79.num.12.vol.2.*ibi:*Quæ voluntas,& coniecturæ nedum deducuntur,& capiuntur,& his quæ teſtator in teſtamento expreſſit,ſed etiam ex his quæ expreſſit, ante ſeu poſt teſtamentum,quod per duos teſtes iſtud poſſit conſtare.* Y es la razon la que trae Ger.de Molin.*verit.de iur.in verit.15.num.5.* ibi:*Ratio eſt,quia vbi conſtat; de expreſſa voluntate morientis, ſuper eſt ſcriptura,cum ſolum requiratur ad probationem ſicut in cæteris actibus inter viuos.*Y eſta voluntad que ſe prueba etiam ex teſtamento irrito, *l. fin. ff.de reb. eorum qui ſub tut.*vbi Bart.& Bald. *dinus in cap.Quod ſemel placuit,num.28.de reg.iur.* Y ſe debe obſervar aunque el teſtamento dexe de ſerlo por defecto de ſolemnidad,como dize dict.Ger.Molin.vbi ſup.num.3.& 4.

48. La probança de D.Pedro (quando no le baſtaſſen las ponderadas) es, no de dos teſtigos (que tambien baſtauan) ſino de ſeys, todos conteſtes, y que hablauan con toda familiaridad,y llaneza con D. Jacinto en ſu vida;el qual deponen, que en ella en muchas,y diferentes ocaſiones antes de ſu enfermedad,y muerte hablando con él,les dixo,que los bienes q̃ tenia de ſus legitimas, y los de la paterna que poſſeia, y cobraua, eran vinculados con los que tenia de la mejora de los treynta mil ducados,por el grauamẽ della, y voluntad de ſus padres, que ſiempre avia ſido,y era la ſuya de guardarla, y cumplirla; y en ſu execucion,y con eſte animo,è intencion avia entrado a poſſeer los bienes de la mejora, y los que le tocaron por ſu legitima paterna,agregandolos a ella,y vnos,y otros, tenido, poſſeido,y cobrado como vinculados; y como tales,de ſu cõſentimiento,y voluntad,y en ſu nombre, los tuuo, poſſeyó, y adminiſtró Doña Beatriz ſu madre,como tutora,y curadora, ſiendo èl menor antes de caſarſe.

49. Deponen tambien, que en ſu enfermedad diziendole los Medicos,y Confeſſor a D. Jacinto,que diſpuſieſſe ſus coſas,y otorgaſſe ſu teſtamẽto; reſpondió,que no tenia bienes de que hazerle,porque los que tenia eran vinculados,y los de ſu legi

tima paterna,como lo ſabia Doña Beatriz ſu madre, con quiẽ tenia comunicadas todas ſus coſas,y dellas eſtaua muy enterada,á la qual le daria poder para hazer ſu teſtamento,y que en él haria las declaraciones que en quanto a eſto, y las demás coſas le avia comunicado; como lo depone vno de los Medicos que le curauan,y los demás teſtigos,y en eſpecial D. Ana Maria de Hinojoſa,viuda de Baltaſar Bazan, dize, que dixo Don Jacinto: *Que en quanto a eſto, y las declaraciones que fueſſen neceſſarias* (haze relacion de los bienes de la legitima,que los tenia vinculados) *y ſobre otros particulares auia enterado à la dicha Doña Beatriz muchas vezes, y que en aquella ocaſion tambien la auia hecho, y que aſsi le dexaria poder, como con efecto ſe lo dexò y que ſu voluntad era que lo executaſſe.*

50. Lo miſmo depone Doña Aguſtina Lozano,viuda de Pedro de Alva,con las palabras referidas,por ſer las perſonas que le aſsiſtieron de dia, y de noche,haſta que murió; y Catalina Tomaſa,que tambien le aſsiſtió,depone: *Que llegandoſe vna vez Doña Beatriz à la cama de Don Iacinto le dixo, y ſuplicò, ſe acordaſſe de Doña Marcelina ſu muger, y le dexaſſe algo; reſpondió, que què le auia de dexar quando ſabia què no tenia que, ni bienes algunos, pues los de ſu legitima los tenia agregados al Vinculo, y que aquella auia ſido ſu voluntad, è intencion.*

51. Con eſtas tan claras palabras de la voluntad deD. Jacinto, no parece ſe debe formar duda,ni controuerſia; ni vſar de ſutilezas,por lo que dize Fontanel.*deciſ.*44.*num.*17.& 18.ibi: *Et cum in verbis nulla ſit ambiguitas, non debet fieri controuerſia voluntatis, l. ille aut ille, §. cum in verbis, ff. de leg.*3. *Nam velle nimium ſubtiliſare vbi res eſt clara, nihil aliud, & quam pernitioſe errare;* quando ya ex antecedentibus,& conſequentibus no eſtuuieſſe probada,*argum.l.Gallus,*§.*ille caſus, ff de liber. & poſth.* Y en derecho con deciſsiones,y reſoluciones tan en terminos, como quedan ponderadas,inſiſtiendo en ellas; ſin neceſsitar de las reglas generales que tambien nos fauorecen,que pudieramos referir inumerables,por lo que dize dict.Fontal.*deciſ.*89. *num.* 1.ibi:*Vbi ſunt deciſsiones in terminis, non eſt regulis generalibus inſiſtendum, ſed in particularibus.*

52. Ya ſe ha viſto que la declaracion que hizo Doña Beatriz no es ſuya, como lo opone Doña Geronima ſu hija, ſino la miſma deD. Jacinto;y por tal,y ſer la del teſtador la que haze

el

el Comissario, se considera en derecho. D.Castill. *lib.* 5. *tom.* 6. *cap.* 184. *à nu m.* 1. ibi: *Ut declaratio, quam is fecerit, ab ipso testatore facta intelligatur*; y que aquella fue su voluntad, que se debe como ley observar, *l. non aliter, ff. de leg.* 3. *& in authent. de Nuptijs, §. disponat testator coll.* 4. *& §. quid enim.* Y fuera gran lastima, y summo dolor no guardarla, y cumplirla estando probada con tantos testigos, aun quando no lo estuuiesse en el poder, como exclama D.Valenç. *cons.* 124. *num.* 25. ibi: *Doleo equidem voluntates morientium irritas esse, si testibus probentur, quia solemnia iuris deficiant.*

53. Y eo ipso que Doña Geronima sea heredera, no le es licito impugnarla, ni el hecho, y disposicion del testador; porque fue visto consentirla cō la aceptacion de la herencia, *l. quæ à patre, C. de testam. milit.* laté D.Molin. *lib.* 2. *cap.* 3. *num.* 36. Surd. *decis.* 93. *num.* 9. Gratian. *discept. forens. cap.* 878. *num.* 12. Y es en tal manera esta prohibision, que aunque sea nula, y contra derecho la disposicion, no puede el heredero impugnarla, por ser hecho del testador. Menoch. *cons.* 89. *à nu* 60. *lib.* 1. Barbos. *in l. lucius titius* 39. *&* 40. *ff. solut. matr.* ibi: *Unde constituenda est regula contra supra allegatos: hæredem non posse venire contra factū defuncti, etiam nullum propter legis resistentiam.* Y aviendo confessado Don Jacinto que hizo la agregacion al Vinculo, fuera arguirle de mendacio, que tampoco le es licito al heredero, *l. rem alienam* 14. *ff. de pignor. act. & l. si titio* 22. *ff. de pignor.* Ciriac. *controu.* 204. *num.* 46. *&* 47. *&* 81. *& controu.* 511. *num.* 1.

54. Siendo, pues, estos bienes vinculados, y Don Pedro inmediato sucessor, llamado expressamente despues de D. Jacinto, desde el instante, y punto que murió, es cosa cierta, y sin controuersia que se le transfirió la possessiō ciuil, y natural dellos haziendole posseedor la misma ley Real 45. de Toro, *quæ est l.* 8. *tit.* 7. *lib.* 5. *Recop.* sin ser necessaria su aprehension. D.Molin. *lib.* 3. *cap.* 12. *num.* 3. 4. *&* 5. Pax de tenuta, *cap.* 8. *num.* 22. *&* 23. Y se le tranfirió tambien el dominio con la possession, y consiguientemente, como efectos suyos, desde entonces le tocan, y pertenecen los frutos, y aprouechamientos de dichos bienes a D.Pedro, dict. D.Molin. *num.* 19. *& cap.* 13. *nu.* 1. *&* 7. dict. Pax, *cap.* 50. *à num.* 9. Tell. *in l.* 17. *Taur. num.* 111. Couar. *lib.* 3. *cap.* 5. *num.* 7. Matienz. *in l.* 8. *Gloss.* 1. *num.* 10. *& Gloss.* 2. *num.* 13. *tit.* 7. *lib.* 5. *Recop.*

Hallase

55. Hallase tambien D. Pedro con la possession judicial de dichos bienes, la qual se le dió por Real prouision de la Chancilleria de Granada, que siempre se debe presumir justa por la *l. iuste possides, ff. de acquir. possess.* y la pidió, y obtuuo a mayor abundamiento, porque *abundans cautela non nocet, l. testamentum, C. de testam. l. non solent* 94. *ff. de reg. iur.* Surd. *decis.* 13. *num.* 14. como porque *duplex funiculus seu duplex vinculum magis ligat, & dificilius rumpitur, l. si non lex, ff. de hæred. instit.* Marc. Anton. *var. lib.* 1. *resol.* 81. *num.* 3.

56. Y assi es legitimo contradictor para impedir la que pide Doña Geronima por el dicho remedio de la *l. fin.* que no tiene lugar contra el que alega ser bienes vinculados, y de Mayorazgo, y pertenecietes a él. D. Molin. *de primog. lib.* 3. *cap.* 12. *nu.* 18. Villadieg. *in sua polit. cap.* 8. *de la instruc. de libelar, num.* 91. *vers. Y assimismo se dirá legitimo contradictor.* Y estando D. Pedro con la de los dichos bienes, mucho menos por ser limitacion de la misma *l. fin.* ibi: *Non autem legitimo modo ab alio detinentur.* Did. Perez *in l.* 1. *tit.* 14. *lib.* 3. *ordin. Gloss.* 1. Gutier. *lib.* 1. *pract. quæst.* 79 *num.* 1. ibi: *Dum modo ab alio non sint possessa*; y es resolucion de todos los Doctores.

57. Porque aviendo posseedor debe ser citado, oido, y vencido en via ordinaria, para ser despojado de su possession, aunque mas injusta, é iniqua nos parezca, in terminis docent Peregr. *de fideicom. art.* 48. *num.* 18. Parlad. *lib.* 2. *rer. quotid. cap.* 6. *num.* 1. Azeued. *in l.* 3. *tit.* 13. *lib.* 4. *Recop. num.* 8. Albar. Valasc. *de partit. cap.* 3. *num.* 4. y de otra manera será nulo todo lo que se proueyere, y executare. D. Castill. *lib.* 3. *controu. cap.* 24. *num.* 67.

58. Y mucho menos tendrà lugar el dicho remedio, aviendose valido Don Pedro del de la manutencion, que es summarissimo de interin, por el qual debe ser amparado, y defendido en su possession que tiene judicial, y la ciuil, y natural con el dominio de dichos bienes de la legitima paterna, vinculada por Don Jacinto; y por este remedio de la manutencion, solo se atiende à la material possession, sin llegar a examinar la justificacion, y derecho con que se possee, y compete; *etiã detentori & possessori de facto iniusto, & intruso*, como difusa, y latamente lo prueba Posth. *obseruat.* 42. *num.* 1. *&* 5. *vsque ad* 136. Gonçal. *in reg.* 8. *Cancell. Gloss. fin. num.* 39. & cum plurib. Barbos. *in vot. decisiu. lib.* 3. *vot.* 97. *nu.* 1. *& de Claus, claus.* 40. *num.* 21. D. Salgad. *de retent.* 2. *par. cap.* 34. *num.* 127.

Y

59. Y esto aun quando la possessión de D. Pedro no tuuiera la justificacion que vá demonstrada, y se hallasse sin poder admitirse contra él excepcion alguna; ni las opuestas contra la declaracion de D. Beatriz (aun sin estar, como están, vencidas, y probado lo contrario) por ser de largo conocimiento de causa, y no poderse admitir en juizios sumarios, y en este de interin menos, que es sumarissimo por la doctrina del señor Salg. *de reg. protect. par. 3. cap. 3. num.* 41. *concl.* 3. con muchos que refiere; y lo son las que miran a invalidar los instrumentos, ó disposiciones. Azeued. *in l.* 1. *tit.* 21. *lib.* 4. *Recop. num.* 64. Rodrig. *de execut. cap.* 6. *num.* 25. Giurb. *decis.* 100. *à num.* 11. Y aunque fuessen admitibles, siendo dudosas en hecho, ó derecho, lo mas que se haze es, reservarlas para la propriedad en via ordinaria, donde se ventila largamente sobre la validacion de la disposicion, y declaracion, dict. Giurb. *decis.* 21. *num.* 1. *&* 2. *& decis.* 69. *num.* 18. si no estuuiesse probada la nuestra, y sin ella por otros medios assegurado su derecho Don Pedro; y quando se possee por muchos, perdido vn medio, quedan los otros, *ex l. filius qui patri, ff. de bonor. libert.* ibi: *Ei qui alio iure venit, quam eo, quod amissit, non nocet id, quod perdiderit, sed prodest id quod habet.* Y en caso de duda (que no ay ninguna) siempre debia ser Don Pedro preferido por reo, *cuius partes fauorabiliores sunt, l. fauorabiliores de reg. iur.* como por posseedor; y que *melior est conditio possidentis, l. si debitor, ff. de pignor.*

60. Y miradolo bien, nunca D. Geronima (dado caso, como pretende, de ser libres los dichos bienes) podia sacar fruto de ellos, por no averlos agregado, vinculados à la mejora D. Jacinto, ni serle de prouecho su herencia, porque esta se entiende deducto ære alieno, *l. mulier bona, ff. de iur. Doct.* Gutier. *lib.* 3. *pract. quæst.* 43. *num.* 17. Y destos bienes avia de pagar D. Jacinto a D. Pedro mas de treynta mil ducados de vellon, que cobró de los frutos, y emolumentos de los de la mejora, en que se entró a posseer, y administrar, pues fue con el grauamen de esta agregacion; *& datum sub conditione, sub contraria videtur ademptum, l. si legatum pure.* 10. *ff. de adim. legat.* Cephall. *cons.* 17. *num.* 20. Surd. *cons.* 129. *num.* 36. no haziendola, y entrandose contra lo dispuesto por sus padres a posseer, debia D. Jacinto restituir los dichos frutos. Joseph Ludou. *decis. Lucens.* 28. *num.* 105. ibi: *Si autem fructus perceperit filius, non ex iudicio testatoris, sed*

con-

contra eius voluntatem, & dictos fructus perceperit filius ex alijs bonis vltra legitimam dummodo enixè appareat de mente ipsius testatoris, &c. Y en terminos lo enseñan latamente con Hippol. Rimin. Bursat. Magon. Cephall. Menoch. Galeac. Natta. Socin. Iun. Durand. Rub. Gab. & Præt. Alex. Raud. *cons.* 38. *num.* 4. & 5. *lib.* 2. Peregr. *cons.* 66. *num.* 5. *lib.* 4. y con otros muchos Surd. *decis.* 21. *num.* 19. & 20. Mastrill. *decis.* 181. *ex num.* 28. laté D. Castill. *contr. lib.* 5. *cap.* 64. *à num.* 58. & *cap.* 107. *num.* 44. & 75. Y como deudor de sus bienes, si lo fuessen estos, se deberian pagar primero, que no alcançarian con mucho; y à la verdad, si no se faltasse a ella, mejor le estaua a Don Pedro, pues lo que cobrasse serian frutos que podia disponer a su voluntad, y no los proprios bienes vinculados; y al contrario D. Geronima, ni de vno, ni de otro puede tener prouecho. Assi lo sentimos, & iudicandum sic speramus; salva in omnibus, &c.

Doct. D. Iuan Garcia
de Baeza.